

## ¿Es subsanable la falta de motivación en un auto de autorización de entrada en domicilio?

Análisis del [ATS de 16 de enero de 2020, rec. núm. 6718/2019](#)

**Pedro Manuel Herrera Molina**

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. UNED*

**Ada Tandazo Rodríguez**

*Tutora del Centro Universitario Ramón Areces. UNED*

### Extracto

El Tribunal Supremo admite un recurso de casación para determinar los efectos de la sentencia que anula –por falta de motivación– un auto de autorización de entrada en domicilio.

Se trata de determinar, en la futura sentencia, si la validez de las pruebas obtenidas mediante dicha entrada puede subsanarse a través de la retroacción de actuaciones, plasmada en un nuevo auto debidamente motivado.

## 1. Supuesto de hecho

El auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Logroño autorizó la entrada en domicilio de Cartonajes Santorromán, SA solicitada por la Agencia Tributaria.

Dicha resolución citaba profusamente la normativa y jurisprudencia constitucional aplicable. No obstante, en cuanto a los hechos relevantes, se limitaba a afirmar que de los documentos aportados por la Agencia se derivaban indicios suficientes como para justificar la entrada en domicilio.

Tras producirse la entrada y obtenerse las correspondientes pruebas, la interesada recurrió el auto en apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de La Rioja, que procedió a anularlo, ordenando la retroacción de actuaciones (Sentencia 202/2019, de 20 de junio, rec. núm. 78/2019 –NFJ075996–).

Dicha sentencia advierte que «el auto apelado no indica los datos, recogidos en los documentos aportados con la solicitud, de los que resulta el panorama indiciario suficientemente amplio en relación con presuntos incumplimientos de la normativa tributaria».

Sin embargo, concluye que:

[...] la estimación del presente recurso [...] no ha de tener otro efecto que la declaración de nulidad del Auto de autorización de entrada, objeto del presente recurso de apelación, para que por el juez *a quo* se dicte nuevo auto suficientemente motivado, resolviendo sobre la solicitud presentada por la AEAT.

Esta sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo (TS), que decide admitir el correspondiente recurso.

## 2. Doctrina del tribunal

Según el tribunal (Auto 232/2020, de 16 de enero, rec. núm. 6718/2019 –NFJ075999–):

[...] la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia [...] consiste en:

a) Determinar si, en caso de que un auto de autorización de entrada y registro en el domicilio constitucionalmente protegido (art. 18.2 CE) incurra en falta de motivación o en una motivación deficiente, resulta posible, por sentencia dictada en apelación, acordar junto a la nulidad de dicho auto la retroacción de las actuaciones al objeto de que el juzgado que autorizó la entrada dicte un nuevo auto en que se subsane el inicial, todo ello con posterioridad a la realización de la actuación de entrada y registro, al no prever la ley mecanismo cautelar alguno de suspensión.

b) Precisar si la ausencia de justificación material suficiente de las razones ofrecidas en el auto judicial que autoriza la entrada en un domicilio constitucionalmente protegido para la ejecución forzosa de actos de la administración pública de actos de la Administración [sic] (art. 8.6 LJCA) –concepto que asimismo está necesitado de precisión–, atendida la lesión que ocasiona en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), entraña un mero defecto formal susceptible de subsanación o, por el contrario, supone una conculcación material del contenido esencial de tal derecho que lleva consigo su nulidad radical.

### 3. Comentario crítico

#### 3.1. Planteamiento

Con ocasión de este auto, conviene analizar cuatro cuestiones interconectadas sobre la autorización judicial de la entrada en domicilio: la relación entre el consentimiento del interesado y la autorización judicial; la determinación de los motivos suficientes para autorizar la entrada; la posibilidad de que el auto judicial formule la motivación remitiéndose a las razones expuestas en la solicitud administrativa; y, por último, las consecuencias de una deficiente motivación y la posibilidad de subsanarlas mediante la retroacción de actuaciones.

#### 3.2. Relación entre consentimiento del interesado y autorización judicial

Aunque inicialmente pudo plantearse alguna duda, en el momento actual resulta indudable que la Administración puede solicitar la autorización «preventiva»; es decir, puede dirigirse al juez antes de haber solicitado el consentimiento del interesado. De otro modo se perdería el *factor sorpresa* propio de la entrada y registro (cfr. en contra de esas dudas iniciales, Rojí Buqueras, 2002, ep. IX).

En cambio, es objeto de polémica la posibilidad de *utilizar* la autorización judicial (obtenida con carácter preventivo) sin que se haya intentado obtener previamente el consentimiento del interesado. La doctrina mayoritaria acepta –al menos de modo implícito– esta posibilidad (cfr., entre otros, Rojí Buqueras, 2002, ep. IX; Álvarez Martínez, 2008, ap. III.1;

Calvo Vérguez, 2020, p. 155). Sin embargo, un jurista tan relevante como Juan Ignacio Moreno Fernández considera imprescindible que la Administración solicite el consentimiento antes de esgrimir la autorización judicial (Moreno Fernández, 2019, pp. 232 y ss.).

Este autor se basa en argumentos materiales y formales. Por un lado, la inviolabilidad del domicilio constituye un derecho fundamental que protege la esfera íntima de las personas, por lo que resulta razonable solicitar su consentimiento antes de emplear medidas coactivas (la solicitud del consentimiento resulta menos invasiva que la exhibición del auto). Además, la dicción literal del artículo 18.2 de la Constitución española (CE) antepone, en el orden de las palabras, la obtención del consentimiento al uso de la autorización judicial («Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial...»).

Es cierto que el precepto constitucional podría interpretarse también en sentido *alternativo* (cualquiera de los dos medios son válidos) en lugar de *sucesivo* (la solicitud del consentimiento debe preceder al uso de la autorización).

El artículo 113 de la Ley General Tributaria (LGT) utiliza una expresión igualmente ambigua: «la Administración tributaria deberá obtener el consentimiento de aquel o la oportuna autorización judicial». En cambio el artículo 100.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), se inclina por la interpretación *sucesiva* «si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado o en los restantes lugares que requieran la autorización de su titular, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, *en su defecto*, la oportuna autorización judicial».

En el ámbito procesal penal, el artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) (en su redacción establecida por el art. 8 de la LO 13/2015) establece que: «nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes». El artículo 550 precisa que:

[...] podrá [...] el Juez instructor ordenar en los casos indicados en el artículo 546 la entrada y registro, de día o de noche, si la urgencia lo hiciere necesario, en cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él, que constituya domicilio de cualquier español o extranjero residente en España, *pero precediendo siempre el consentimiento del interesado conforme se previene en el artículo 6 de la Constitución [referencia que debe entenderse realizada al art. 18.2 CE], o a falta de consentimiento*, en virtud de auto motivado, que se notificará a la persona interesada inmediatamente, o lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado (la cursiva es nuestra).

Parece razonable entender que el «inmediatamente» se refiere no solo al momento posterior a que se haya dictado el auto, sino también al intento de obtener el consentimiento. También es claro que basta con que se *intente* obtener el consentimiento. Si este intento

fracasa (por ejemplo, por ausencia del interesado en el domicilio), podría utilizarse el auto judicial con el respaldo de la fuerza.

Así pues, tanto la ley procesal penal como la ley general administrativa prevén el intento de solicitud del consentimiento antes de que se esgrima el auto judicial de autorización. Considerada aisladamente, la ley tributaria parece admitir tanto la interpretación *sucesiva* como la *alternativa*. Ahora bien, las leyes han de interpretarse «en relación con el contexto» (art. 3.1 Código Civil) y no existe elemento alguno que justifique una interpretación del artículo 113 de la LGT diferente de la prevista («según el sentido propio de sus palabras») en los artículos 100.3 de la LPAC y 550 de la LECrim.

Por consiguiente, debemos concluir –siguiendo a Juan Ignacio Moreno– que las leyes prevén que se intente la solicitud del consentimiento antes de que se utilice el auto judicial obtenido preventivamente. Al mismo tiempo, debe reconocerse que tal exigencia no suele respetarse. En la práctica es frecuente esgrimir el auto judicial al mismo tiempo que se solicita la entrada en el domicilio. ¿Cuáles son las consecuencias de este modo de proceder?

Pues bien, caben dos interpretaciones: una laxa y otra estricta.

La interpretación laxa (admitida, al menos implícitamente, por la mayoría de los autores) es la siguiente: si el auto se esgrime al solicitar la entrada, el posible consentimiento –tanto expreso como tácito– queda automáticamente viciado por la «coacción judicial» (Bosch Cholbí, 2014, ep. IV.E, con referencia a las SSTS de 1 de abril de 1996, 4 de marzo de 1999, 18 de febrero de 2005 y de 23 de abril de 2010; Calvo Vérguez, 2020, p. 159, con cita de la STS de 25 de enero de 2012, rec. núm. 2236/2010).

De este modo, la entrada y registro sería válida solo en virtud del auto y no del consentimiento que se haya ofrecido. Por consiguiente, si dicho auto se anulase por falta de motivación, serían nulas también las pruebas obtenidas en el ulterior registro.

Desde una perspectiva material, esta interpretación podría justificarse del siguiente modo: la exigencia de solicitar la entrada antes de exhibir el auto no forma parte del contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio, dado que no sirve para proteger los intereses de su titular (si no consiente la entrada, esta se producirá en virtud del auto). Se trata tan solo de una cautela procedimental dirigida a impedir que el consentimiento quede viciado por la presentación de un auto (coacción judicial) que después podría declararse nulo por falta de motivación.

La interpretación estricta –sostenida por Juan Ignacio Moreno– es que la entrada y registro realizada en virtud del auto (sin haberse intentado antes la solicitud del consentimiento o con un consentimiento viciado por la propia exhibición del auto) supone en sí misma un quebrantamiento del derecho fundamental del derecho a la entrada del domicilio. Por tanto, todas las pruebas obtenidas en el registro quedarían viciadas por dicha nulidad.

El TS admite que un consentimiento respaldado por la coacción judicial (la exhibición del auto) queda viciado. En cambio –hasta donde hemos podido indagar– los tribunales no han afirmado hasta ahora que la exhibición del auto al solicitar la entrada determine la propia nulidad de la entrada y registro. Esto supone que, *en la práctica*, el auto suele exhibirse al tiempo que se solicita la entrada y que las pruebas obtenidas en el ulterior registro se tienen por válidas (salvo que el auto fuera declarado nulo por falta de motivación).

¿Deberían atajar los tribunales esta forma de proceder? Desde luego, esta práctica se opone al sentido más probable de los preceptos que regulan la entrada en domicilio (incluida una correcta interpretación del art. 113 LGT). Además, alguna sentencia relativamente reciente señala *obiter dicta* que «a efectividad [del auto obtenido preventivamente] solo se pondrá de manifiesto ante la eventual negativa del titular a consentir la entrada o ante la imposibilidad de conseguir su consentimiento» (STSJ de Cataluña 889/2017, de 30 de noviembre, Sala de lo Contencioso, rec. núm. 73/2017 –NFJ078165–).

Sin embargo, el Auto del Tribunal Constitucional 129/1990, de 26 de marzo (NCJ064860) (citado por la mencionada sentencia del TSJ catalán), *sin analizar expresamente la cuestión* (solo se planteaba la posibilidad de obtención preventiva del auto de entrada), parece *dar a entender* que es posible exhibir el auto sin solicitar previamente el consentimiento del interesado. Lo mismo sucede con el Auto del Tribunal Constitucional 85/1992, de 30 de marzo (NCJ064861) (relativo a una entrada en domicilio para ejecutar una orden administrativa de desalojo), pues en este caso, según consta, el auto se notificó antes de procederse a la entrada (si bien tal notificación no se realizó a la titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sino a su esposo).

En definitiva, salvo que se produzca un cambio de postura por parte de la jurisprudencia, la única consecuencia práctica de que el auto se exhiba en el momento en que se pretenda la entrada, estará en viciar el eventual consentimiento (expreso o tácito). De este modo, la entrada y registro solo tendrá apoyo en el correspondiente auto, que podría declararse nulo en caso de no estar suficientemente motivado.

Esta forma de proceder no responde a la interpretación literal de los artículos 100.3 de la LPAC y 550 de la LECrim., ni a una interpretación sistemática del artículo 113 de la LGT.

Aunque la cuestión es compleja, nos inclinamos por considerar que estos preceptos se limitan a diseñar una buena práctica que puede favorecer a la Administración si se ha obtenido el consentimiento y el auto carece de suficiente motivación. En cambio, no parece que tal cautela forme parte del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, pues no favorece al interesado.

La discusión perdería buena parte de su sentido si el TS llegase a la conclusión de que un auto declarado nulo por falta de motivación puede subsanarse mediante la retroacción de actuaciones. Esperemos que esto no suceda.

### 3.3. Motivos suficientes para autorizar la entrada

En la práctica, parece relativamente frecuente que la Administración no justifique la *necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la entrada*, limitándose a alegar la *conveniencia* de contrastar meras *sospechas*.

Además, parece que, con cierta frecuencia, los jueces de lo contencioso se limitan a dar por buenos los argumentos de la Administración sin ponderarlos adecuadamente frente al derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Así se ha puesto de relieve en la Sentencia del TS 1343/2019, de 10 de octubre (rec. núm. 2818/2017 –NFJ075314–) (el motivo de la entrada consistía en la obtención de justificantes cuya mera falta de aportación daría lugar a la denegación de un beneficio fiscal) (cfr. el comentario de Calvo Vérguez, 2020, pp. 145 y ss.) y así se apunta en el Auto del TS 9821/2019 (rec. núm. 2966/2019 –NFJ075040–), que plantea al tribunal:

[...] si la entrada en domicilio puede justificarse, en el auto judicial que lo autoriza, preponderantemente, en que el contribuyente, titular de un establecimiento de hostelería, haya tributado, con base en los datos declarados, una cuota que resulta inferior a la media de rentabilidad del sector a nivel nacional y si, por tanto, puede inferirse de ese solo dato que el obligado tributario puede haber estado ocultando ventas efectivamente realizadas (acuerdo 2.4.º).

En nuestra opinión, parece claro que una mera sospecha no permite autorizar la entrada en domicilio.

### 3.4. ¿Es suficiente la motivación por referencia a los documentos aportados por la Administración?

¿Debe justificar el auto los motivos para autorizar la entrada o limitarse a aceptar –mediante una mera remisión– las razones indicadas en los documentos aportados por la Administración?

Esta problemática ha sido analizada en detalle por José Luis Bosch Cholbi (2014, ep. III.E). El citado autor niega –acertadamente– tal posibilidad, aunque reconoce que:

Algunas decisiones jurisprudenciales admiten que la diligencia inspectora o el auto judicial se motiven por remisión a los documentos del expediente o resto de actuaciones inspectoras (motivación *in aliunde* o *per relationem* –art. 89.5 Ley 30/1992), pero con limitaciones.

Así lo admite la TSJ Cataluña de 22 de marzo de 2012, pero exige que se haga constar, en forma concreta y explícita, la causa que da razón de ser al acto de que se trate, aun cuando resulta preferible que los mismos se reseñen o resuman en alguna forma.

Puede verse cuanto afirma, entre otras, la Sentencia del TC núm. 140/2009, de 15 de junio de 2009: *Una motivación por remisión o motivación in aliunde satisface plenamente las exigencias de motivación que derivan del art. 24.1 CE [...] siempre que queden debidamente exteriorizados los elementos de juicio sobre los que se basa la decisión* (Bosch Cholbi, 2014, p. 19).

Dado que los autos de los juzgados de lo contencioso tienden a ser acrílicos con las «razones» formuladas por la Administración para solicitar la entrada en domicilio, resulta especialmente importante que la motivación se refleje de modo expreso, aunque pueda complementarse con una remisión al expediente administrativo.

Así, la sentencia del TSJ de La Rioja recurrida en casación «revocó» la autorización de entrada en domicilio porque:

[...] el auto apelado no indica los datos, recogidos en los documentos aportados con la solicitud, de los que resulta el panorama indiciario suficientemente amplio en relación con presuntos incumplimientos de la normativa tributaria [...] No se indica, en los autos, los datos que ofrecen unos amplios indicios de incumplimientos tributarios, ni los indicios de que se trata, ni se hace una valoración de los mismos a efectos de su suficiencia para justificar la medida acordada (FJ 2.º).

### 3.5. Consecuencias de una motivación deficiente: ¿puede subsanarse mediante retroacción de actuaciones?

La sentencia del TSJ de La Rioja recurrida en casación señala que procede la «revocación» del auto impugnado y que:

[...] la estimación del presente recurso de apelación, a la vista del motivo acogido, no ha de tener otro efecto que la declaración de nulidad del Auto de autorización de entrada, objeto del presente recurso de apelación, para que por el juez *a quo* se dicte nuevo auto suficientemente motivado, resolviendo sobre la solicitud presentada por la AEAT (FJ 3.º).

El fallo de la citada sentencia añade que:

[...] estimamos el recurso de apelación interpuesto, por la representación de la mercantil CARTONAJES SANTORROMÁN, SA, contra el auto n.º 27/2019 de fecha siete de febrero de 2019, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Logroño, que *declaramos nulo*, debiendo el juez *a quo* dictar *nuevo auto*

*suficientemente motivado, resolviendo sobre la solicitud presentada por la AEAT*  
(la cursiva es nuestra).

Aunque la sentencia no lo indica expresamente, de sus argumentos, y del propio auto que admite el recurso de casación, parece deducirse que:

- a) La explicación de que la falta de motivación pueda subsanarse está en que dicha motivación era deficiente por limitarse a realizar una remisión al expediente administrativo.
- b) En el caso de que el nuevo auto se encuentre suficientemente motivado «sanará» la entrada y registro convirtiéndose en válidas unas pruebas que, de lo contrario, estarían viciadas por haberse obtenido en violación de derechos fundamentales.

A nuestro entender, esta postura no resulta aceptable. La correcta ponderación entre la inviolabilidad del domicilio y el ejercicio de las potestades administrativas debe realizarse por el juez *antes* de que se practique la entrada. Si tal ponderación fue deficiente (por falta de motivación) ningún precepto permite subsanarla con efectos retroactivos. El auto es nulo por haber quebrantado el derecho a la inviolabilidad del domicilio al no motivar la entrada –vicio que ya no puede sanarse– y lo mismo sucede con la mencionada entrada y el ulterior registro, que ha lesionado un derecho susceptible de amparo constitucional (art. 217.1 a) LGT, cfr., en este sentido, Delgado Sancho, 2018, ap. 3.1).

Esperamos, por tanto, que el TS concluya que la falta de motivación de un auto de entrada en domicilio –cualquiera que sea el modo en que se manifieste– supone una «conculcación material del contenido esencial de tal derecho que lleva consigo su nulidad radical». De otro modo se produciría una grave quiebra en el derecho a la inviolabilidad del domicilio y se fomentaría la laxitud en la motivación por parte de los juzgados de lo contencioso.

### 3.6. Conclusiones

Los juzgados de lo contencioso incurrirán, con una cierta frecuencia, en falta de motivación a la hora de autorizar las entradas en domicilio solicitadas por la Administración tributaria. En parte, esto se debe a que dichos juzgados dan por buenas de modo acrítico las razones alegadas por la Administración tributaria (en ocasiones basadas en meras sospechas) y, en lugar de valorar sus argumentos, se remiten al expediente administrativo.

Pues bien, el TS deberá decidir si un auto de autorización de entrada en domicilio, declarado nulo por falta de motivación puede subsanarse mediante la retroacción de actuaciones. Esperemos que el Alto Tribunal niegue esta posibilidad. De lo contrario se produciría una erosión preocupante del derecho a la inviolabilidad del domicilio y se fomentaría la laxitud en la motivación por parte de los juzgados de lo contencioso.

## Bibliografía de referencia

- Álvarez Martínez, J. (2008). La inviolabilidad del domicilio de los obligados tributarios: análisis de la regulación contenida en el nuevo Reglamento de Gestión, Inspección y Aplicación de los Tributos. *Quincena Fiscal*, 11.
- Bosch Cholbi, J. L. (2014). La entrada y registro domiciliario por la Inspección de Hacienda: derechos y deberes de los obligados tributarios. *ECJ Leading Cases*, 632.
- Calvo Vérguez, J. (2020). La entrada de la inspección en el domicilio de las personas jurídicas y el necesario examen de los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (Análisis de la STS de 10 de octubre de 2019, rec. núm. 2818/2017). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 444.
- Delgado Sancho, C. (2018). Entrada y registro en el domicilio del contribuyente. *Revista Técnica Tributaria*, 122.
- Moreno Fernández, J. I. (2019). Requisitos para la validez del consentimiento prestado a la entrada en el domicilio por la inspección de los tributos con autorización Judicial. En S. Álvarez García, J. García Sánchez y P. Herrero de la Escosura (dirs.), *Amici, amico. Estudios en homenaje al profesor Antonio Aparicio Pérez*. Oviedo: Universidad de Oviedo.
- Roji Buqueras, J. M. (2002). El derecho a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de los órganos de la Inspección de los Tributos. Un estudio a propósito de la nueva Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio. *La Ley*, 1124.